

A indevida criminalização da radiodifusão irregular

Feliciano de Carvalho*

Sumário

Introdução – 2. As telecomunicações no ordenamento jurídico pátrio – 3. Do crime contra a rádio comunitária (radiodifusão inofensiva) 3.1 Do enquadramento legal; 3.2 Dos princípios da intervenção mínima, da ofensividade e da proporcionalidade; 3.3 Dos princípios da legalidade, da responsabilidade penal subjetiva e da individualização – Conclusão – Referências bibliográficas.

Introdução

O Brasil é um país de dimensões continentais, no qual vigora um pluralismo generalizado. Diversas são as origens dos brasileiros, as culturas regionais, as paisagens naturais, as posições sociais etc.

Dentre as grandes diferenças entre os brasileiros, vale frisar que as classes mais abastadas desfrutam de um acesso às informações comparável ao da população dos países desenvolvidos. Com efeito, tais classes possuem canais jornalísticos sempre à disposição, oriundos dos planos de televisão por assinatura, têm amplo acesso à *internet*, aprenderam, geralmente, sobre a importância do jornal escrito e dos periódicos, enfim, sempre sabem o que acontece no mundo em todas as áreas, o que lhes garante uma série de privilégios que só o conhecimento traz.¹

Paradoxalmente, o mesmo país ostenta uma grande maioria de pessoas de recursos escassos, que, por consequência, não possuem a mesma facilidade às informações, considerando o custo de acesso aos meios modernos de conhecimento.

Um relevante número de pessoas tem no *rádio de pilha* o seu principal meio com o “mundo exterior”,

mormente os que moram em locais remotos e de difícil acesso, cuja realidade não pode ser ignorada pelo resto do país.

Poder-se-ia perguntar qual a relevância de tais considerações, no sentido de questionar qual o problema de certas pessoas não saberem os últimos vencedores do *Oscar*, o perfil dos participantes de *reality show*, quem foi o último campeão estadual de futebol, dentre outras informações fúteis.

Como se sabe, as notícias vão mais além. Um indivíduo bem informado sabe como prevenir doenças, como exercer os seus direitos, entende as regras sobre o exercício do direito de voto, tem ciência do que é irregular, bem como tem acesso às informações da mais premente importância.

Ainda, tem-se que não existe informação mais valiosa do que aquela que diz respeito ao cotidiano da localidade objeto da comunicação. Realmente, é muito mais importante para um bairro afastado de uma cidade de interior saber quando o médico irá atender no posto de saúde do que saber como está o trânsito na cidade de São Paulo, que talvez esteja há milhares de quilômetros do destinatário da notícia.

Tentou-se, nas linhas pretéritas, justificar a importância das rádios, mormente as comunitárias, notadamente num país imenso como o Brasil, de modo que o noticiário que vem dos grandes centros urbanos não é tão importante para um distrito de algum município pobre, onde seria mais interessante o comunicado de notícias sobre problemas locais, haja vista que muitas pessoas sequer têm dinheiro para comprar uma televisão, tendo no rádio a sua principal fonte de conhecimento.

As rádios comunitárias são um meio alternativo de acesso às informações para as populações de baixa renda, com o atrativo de atender as peculiaridades de notícias de cada população, agindo em prol de uma qualidade de vida melhor, com o potencial de fomentar o exercício da cidadania.

A relevância jurídica do até aqui expendido diz respeito ao fato de no Brasil não ser *apenas ilegal* o exercício de uma rádio comunitária sem

*Defensor Público da União de 2ª Categoria em Teresina – PI. Especialista em Direito Empresarial.

¹ Já dizia Abelardo Barbosa, em tom jocoso, mas com essência verdadeira, que: “quem não se comunica se trumbica”.

as devidas cautelas administrativas, mas também por ser tal conduta considerada uma das infrações mais repudiadas pelo ordenamento positivo pátrio, porquanto tal infração é adjetivada como *penal*.

O modo positivo-formal como é tratado o crime de rádio clandestina no Brasil, sob um enfoque fundamentalmente crítico, será objeto de análise nas linhas que se seguem, adiantando-se, desde já, sobre sua duvidosa constitucionalidade.

2. As telecomunicações no ordenamento jurídico pátrio

Como é cediço, nenhum texto normativo oriundo dos poderes da república é independente, no sentido de que, para ser válido, deve ser consentâneo com uma norma fundamentadora de sua validade material e formal.

Entre nós, a Constituição Federal promulgada em 5 de outubro de 1988 é o parâmetro para se aferir a legitimidade de qualquer disposição legal em sentido lato. Melhor dizendo, qualquer regra de conduta imposta às pessoas deve estar de acordo com o que reza o texto constitucional.²

Várias regras da Constituição Federal têm, ainda que indiretamente, algum vínculo com as telecomunicações e com a radiodifusão. No entanto, urge que se faça referência, precipuamente, ao disposto no art. 21, XI, art. 22, IV, e art. 48, XII.³

Ainda no texto constitucional, o art. 223 reza que compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o

princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal. A Constituição Federal, nos parágrafos do art. 223, também traça regras sobre a participação do Poder Legislativo Federal no processo administrativo que objetiva o desempenho destas atividades.⁴

À luz das normas constitucionais referidas, já se pode concluir como o tema das telecomunicações é relevante no Brasil. Ainda sobre tais regras, é importante salientar que a exploração dos serviços de telecomunicações é de competência administrativa da União, que pode ser delegada e outorgada, conforme o caso, e que a competência legislativa também é privativa do ente federal.

Antes de se prosseguir, cumpre observar que, mais de uma vez, a Constituição Federal trata as telecomunicações e a radiodifusão como coisas distintas. Tal ponto será lembrado em futura abordagem penal do tema.

Nesse passo, fundamental se faz uma referência às principais disposições infraconstitucionais sobre telecomunicações.

Cronologicamente, o primeiro diploma legal de destaque foi o Código Brasileiro de Telecomunicações, instituído pela Lei 4.117 de 1962, que, dentre várias regras administrativas sobre o tema, definia como crime a instalação ou utilização de serviços de telecomunicações sem a observância da lei e dos regulamentos.⁵

Noutro quadrante, estando ultrapassado o Código Brasileiro de Telecomunicações, foi promulgada em 1997 a Lei 9.472, que, atenta às disposições de administração pública gerencial constantes na Constituição Federal de 1988, traçou analíticas normas sobre as telecomunicações, revogando o código até então vigente e demais leis que tratavam sobre o mesmo assunto.

² A dignidade da pessoa humana, como fundamento da República Federativa do Brasil, consoante o art. 1º, III, do texto magno, é premissa de interpretação da própria CF de 1988 e, por conseguinte, das leis que àquela devem submissão.

³ Art. 21. Compete à União:

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, *os serviços de telecomunicações*, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

IV - águas, energia, informática, *telecomunicações e radiodifusão*;

Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

XII - *telecomunicações e radiodifusão*;

⁴ Como exemplo: “§ 2º A não renovação da concessão ou permissão dependerá de aprovação de, no mínimo, dois quintos do Congresso Nacional, em votação nominal”. Trata-se de típico caso de impor a harmonização de poderes para conter excessos.

⁵ Art. 70. Constitui crime punível com a pena de detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, a instalação ou utilização de telecomunicações, sem observância do disposto nesta Lei e nos regulamentos. (Substituído pelo Decreto-Lei 236, de 28.2.1967.)

Parágrafo único. Precedendo ao processo penal, para os efeitos referidos neste artigo, será liminarmente procedida a busca e apreensão da estação ou aparelho ilegal.

Faz-se uma ressalva quanto à revogação da Lei 4.117 de 1962, porquanto a nova lei de telecomunicações de 1997, expressamente, dispôs no seu art. 215, I, que se mantêm vigentes as regras do Código Brasileiro de Telecomunicações referentes à matéria penal não tratada pela lei revogadora, bem como aos preceitos relativos à radiodifusão.

Sobre a matéria penal, a Lei 9.472 de 1997 traça preceito incriminador no artigo 183, e normas penais complementares não incriminadoras nos artigos 184 e 185.⁶

Por fim, é fundamental também fazer referência a Lei 9.612 de 1998, que institui o serviço de radiodifusão comunitária e dá outras providências. Tal diploma normativo traz regras *especiais* às rádios comunitárias, disciplinando o que se entende por tal, suas finalidades, autorização para funcionamento etc.

A lei que rege as rádios comunitárias disciplina, inclusive, infrações e sanções, todavia, as disposições repressoras nela previstas restringem-se ao campo administrativo.⁷

⁶ Art. 183. Desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação:

Pena - detenção de dois a quatro anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, e multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, direta ou indiretamente, concorrer para o crime.

Art. 184. São efeitos da condenação penal transitada em julgado:

I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;

II - a perda, em favor da Agência, ressalvado o direito do lesado ou de terceiros de boa-fé, dos bens empregados na atividade clandestina, sem prejuízo de sua apreensão cautelar.

Parágrafo único. Considera-se clandestina a atividade desenvolvida sem a competente concessão, permissão ou autorização de serviço, de uso de radiofrequência e de exploração de satélite.

art. 185. O crime definido nesta Lei é de ação penal pública, incondicionada, cabendo ao Ministério Público promovê-la.

⁷ Art. 21. Constituem infrações – operação das emissoras do Serviço de Radiodifusão Comunitária:

I – usar equipamentos fora das especificações autorizadas pelo Poder Concedente;

II – transferir a terceiros os direitos ou procedimentos de execução de serviço;

III – permanecer fora de operação por mais de trinta dias sem motivo justificável;

IV – infringir qualquer dispositivo desta Lei ou da correspondente regulamentação;

Parágrafo único. As penalidades aplicáveis em decorrência das infrações cometidas são:

I – advertência;

II – multa; e

III – na reincidência, revogação da autorização.

3. Do crime contra a rádio comunitária (radiodifusão inofensiva)

O crime título deste item trata-se de uma ironia, eis que não é tipificado, e, como tal, a ele também não se comina sanção. Na verdade, utiliza-se o termo “crime” para se designar a postura de se considerar incursas nas penas do art. 183, da Lei 9.472 de 1997 as pessoas *supostamente responsáveis* por rádios comunitárias, ou pequenas rádios, que estejam irregulares.⁸

Não se está defendendo a atuação das rádios comunitárias sem a devida autorização administrativa, absolutamente. O que se questiona é a sua eventual subsunção ao tipo descrito no art. 183 da Lei 9.472 de 1997, e demais implicações.

O erro que vem cometendo a jurisprudência pátria ao taxar tal hipótese de infração penal é repetido nesta crítica, qual seja, a banalização do termo *crime*.

Ao que parece, vive-se hoje um momento confuso nas tão conhecidas *razões de política criminal*. Se de um lado se reconhece que a segregação social é medida extrema, que deve ser fruto dos atos mais patológicos de distúrbio social, considerando a falência do sistema carcerário, espelhada na sua ineficiência de ressocializar, a fim de se evitar uma graduação criminal no período prisional; de outro, regras penais excessivamente rigorosas, e grosseiramente interpretadas, vêm, por outra via, a tornar o Estado cada vez mais repressor diante de condutas que já seriam satisfatoriamente tuteladas mediante outras espécies de sanções, mormente administrativas.

A imputação do crime previsto na Lei 9.472/1997 às rádios comunitárias é postura bem mais desprezível do que a conduta abstratamente considerada típica. O argumento de que o eventual *criminoso* de tal ato terá boa probabilidade de, uma vez condenado, ter a pena de detenção substituída por sanção restritiva de direitos, ou, se for o caso, beneficiado pela suspensão condicional da pena, não convence, porquanto de um ou outro modo o direito fundamental à liberdade será fortemente tolhido, além do estigma de uma

⁸ Utiliza-se o termo “irregular” para designar também “clandestina”, não tendo relevância para este trabalho distinguir a primeira como a rádio autorizada, mas que descumpra o ato administrativo prévio, e a segunda como aquela que atua independentemente de uma prévia permissão.

condenação criminal que, ao contrário da reincidência, não se esvai pelo tempo, principalmente em relação às pessoas de bem.

Nos tópicos seguintes buscar-se-á colher fundamentos para o entendimento ora esposado, considerando, sempre, a CF/1988, como norteadora das conclusões jurídicas.

3.1 Do enquadramento legal

Já se percebe que este trabalho se insurge contra a criminalização das rádios que, por qualquer razão, não estão autorizadas a operar,⁹ também já foram coladas nas notas seis e sete as descrições típicas, uma referente à Lei 4.117/1962, e a outra referente à Lei 9.472/1997.

À luz dessas considerações, é natural a pergunta: a rádio irregular subsume-se a qual fato típico? Não se trata de uma pergunta fácil, e o entendimento predominante parece questionável.

Primeiramente, comparando as descrições típicas, tem-se por crime no art. 70 do Código Brasileiro de Telecomunicações *a instalação ou utilização de telecomunicações, sem observância do disposto nesta Lei e nos regulamentos*;¹⁰ de outro lado, pela Lei 9.472/1997, é crime *desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação*.¹¹

Como se vê, os núcleos de cada tipo são diferentes, enquanto no primeiro a conduta é *instalar* ou *utilizar*, na segunda o comportamento é *desenvolver*. Não obstante a distinção de verbos, não parece que a infração abstrata prevista nos dois textos seja diferente.

Mais precisamente, pode-se defender que o termo *desenvolver* abrangeria os núcleos *instalar* e *utilizar*, sendo equiparada à *clandestina* a *não observância da lei e dos regulamentos*, de onde se concluiria pela revogação do art. 70 da Lei 4.117/1962 pela nova lei de telecomunicações, de caráter mais repressor.

Sucedendo este raciocínio vai de encontro ao que prescreve o art. 215 da Lei 9.472/1997, já citado que, expressamente, preserva as disposições penais do Código Brasileiro de Telecomunicações, não o revogando nesta parte, além das disposições referentes à radiodifusão. Como conviveriam, então, as duas normas, haja vista que a descrição típica pela nova lei abrange a descrição anterior?

Como a nova lei ressalvou as disposições pretéritas penais, bem como as regras referentes à radiodifusão, resta claro que deve ser a Lei 4.117/1962 aplicada ao fato punível consistente em instalar ou utilizar radiodifusão, de forma irregular, sendo o disposto no art. 183 da Lei 9.472/1997 aplicado de forma residual.

Entrementes, deve-se reconhecer que não é esta a posição da jurisprudência aparentemente majoritária, que defende a harmonia das duas disposições penais, para se respeitar o efeito derogatório expresso da Lei 9.472/1997, mas sempre preponderando para aplicação indistinta da norma penal mais repressora, como se quisesse realmente fazer valer a prevenção geral do crime mais grave.¹²

¹² 1. A Lei 4.117/1962 instituiu o Código Brasileiro de Telecomunicações e, além das disposições relacionadas à concessão, permissão e autorização para os serviços de telecomunicação (gênero), neles incluído o de radiodifusão (espécie), previu essa lei, em seu artigo 70, sanção penal para a instalação ou utilização de serviços de telecomunicação em desacordo com as disposições legais nela previstas. 2. Constitui crime desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicações (art. 183 da Lei 9.472/1997. 3. Coexistem os tipos penais previstos nos artigos 70, da Lei 4.117/1962 e 183, da Lei 9.472/1997: aquele tipifica e sanciona a conduta consistente em instalar ou utilizar telecomunicações, desobedecendo exigências legais e regulamentares na execução desses serviços, ou seja, em situação irregular; este, a conduta consistente em desenvolver clandestinamente atividade de telecomunicações, ou seja, sem a necessária concessão, permissão ou autorização legalmente previstas. 4. A Lei 9.472/1997 não teve efeito abrogatório sobre a Lei 4.117/1962, mas apenas de revogação parcial, de modo que permanecem inalteráveis os preceitos relativos aos delitos de radiodifusão. 5. É ilegal o funcionamento de rádio comunitária, mesmo de baixa potência, sem autorização. 6. A Lei 9.612/1998 não derogou a Lei 9.472/1998. A conduta de operar, sem licença do órgão competente, serviço de radiodifusão comunitária, continua enquadrada nas sanções do artigo 183 desta última norma, não havendo se falar em descriminalização da conduta pelo advento da nova lei. 7. Os crimes em referência são de perigo abstrato, cujo bem jurídico tutelado é a segurança dos meios de comunicação, por isso que a instalação e utilização de aparelhagem em desacordo com as exigências legais, ou de forma clandestina, sem a observância de requisitos técnicos (casamento de impedância entre transmissor e sistema irradiante etc.), podem causar sérias interferências prejudiciais em serviços de telecomunicações regularmente instalados (polícia,

⁹ Mais uma vez insta ressaltar que não se desconhece a ilicitude da conduta, mas apenas a caracterização desta ilicitude como *penal*.

¹⁰ A lei a que se refere é a Lei 4.117/1962.

¹¹ A principal diferença entre uma e outra está no preceito secundário, na medida em que a primeira trata-se de infração penal de menor potencial ofensivo e, como tal, o indivíduo nela processado pode fruir de todas as benesses previstas na Lei 9.099/1995, ao contrário da previsão da Lei 9.472/1997, que comina pena de dois a quatro anos de detenção.

Em que pese o respeito que merecem os julgados com o entendimento ora questionado, eles não logram explicar quando os núcleos *instalar* ou *utilizar* não estão inseridos no *desenvolver*.

O Superior Tribunal de Justiça inova no ordenamento para sustentar a tese de que comete o crime do art. 70 da Lei 4.117/1962 aquele que, uma vez autorizado a atuar nas telecomunicações, o faz de forma contrária ao ato administrativo que o autorizou; enquanto comete a infração penal do art. 183 da Lei 9.472/1997 quem exerce tal conduta sem sequer ter recebido uma prévia permissão, e por isso se torna merecedor de uma reprimenda mais grave.¹³

O tipo penal do art. 70 da Lei 4.117/1962 não faz a exigência de prévia permissão ao agente que comete a infração nela descrita, de modo que a interpretação do egrégio tribunal superior legisla indevidamente com fins repressivos.

Com efeito, na interpretação sistemática das duas leis, imposta pelo art. 215 da Lei 9.472/1997, o indivíduo que utiliza¹⁴ serviço de radiodifusão irregular só poderá ser imputado pelo fato previsto no art. 70 do Código Brasileiro de Telecomunicações.¹⁵ Entendimento em

contrário cria elemento de tipo sem previsão legal, apenas fruto da interpretação, e com o pior dos fins, qual seja, impor pena mais severa às pessoas que a Constituição Federal assegurou uma série de direitos, dentre eles, o que ninguém será punido por crime que não seja previamente *definido* em lei.

No que tange especificamente às rádios comunitárias, tem-se que a Lei 9.612/98, que rege estes veículos de comunicação, não previu hipótese de crime destas entidades, limitando-se, como já anotado, a prever infrações administrativas e suas respectivas sanções.

Resta clara a ausência de lei penal sobre tema, todavia, o entendimento jurisprudencial seja sentido de aplicar a Lei 9.742/1997, ao argumento da independência das esferas de responsabilidade, de modo que a sanção administrativa não prejudicaria a penal.

3.2 Dos princípios da intervenção mínima, da ofensividade e da proporcionalidade

Após a explanação sobre a tipicidade do crime cometido por uma rádio comunitária irregular, urge atentar-se para alguns princípios que norteiam o Direito Penal.

No tópico anterior foi analisada a problemática sobre a subsunção da conduta de utilizar rádio irregular aos tipos penais pertinentes na nossa legislação, predominando o entendimento aqui questionado sobre a aplicação do art. 183 da Lei 9.742/1997. Ponderou-se que a coerência do ordenamento jurídico indicava que deveria ser aplicado o art. 70, da Lei 4.117/1962.

Acontece que essa discussão sobre quando incide um ou outro tipo penal não deveria nem existir, considerando o equívoco que é tal fato ser previsto como crime. Com efeito, princípios penais, inspirados em princípios constitucionais, condenam a previsão das duas leis já citadas quando empregadas em rádios comunitárias, ou mesmo no caso de radiodifusão rudimentar.¹⁶

ambulâncias, bombeiros, aeroportos, embarcações, bem como receptores domésticos - TVs e rádios - adjacentes à emissora), pelo aparecimento de frequências espúrias. 8. Recurso de apelação provido. (ACR 2003.33.00.006084-5/BA-TRF1)

¹³ 1. O art. 70 da Lei 4.117/62 não foi revogado pelo art. 183 da Lei 9.472/1997, já que as condutas neles descritas são diversas, sendo que no primeiro pune-se o agente que, apesar de autorizado anteriormente pelo órgão competente, age de forma contrária aos preceitos legais e regulamentos que regem a matéria, e no segundo, aquele que desenvolve atividades de telecomunicações de forma clandestina, ou seja, sem autorização prévia do Poder Público. 2. *In casu*, verifica-se que o indiciado, em tese, explorou serviço de telecomunicação sem autorização, ou seja, de forma clandestina, subsumindo-se o modo de agir ao tipo descrito no art. 183 da Lei 9.472/1997, cuja pena máxima cominada é superior a dois anos, não se configurando, assim, em delito de menor potencial ofensivo. 3. Conflito conhecido para declarar-se competente o Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Tocantins, o suscitado. (CC 94.570/TO, Rel. Ministro JORGE MUSSI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 5/12/2008, DJe 18/12/2008.)

¹⁴ Na acepção mais ampla do termo.

¹⁵ I - A Lei 9.472/1997 não teve efeito ab-rogatório sobre a Lei 4.117/1962, mas apenas de revogação parcial, de modo que permanecem inalteráveis os preceitos relativos aos delitos de radiodifusão, de acordo com o constante no art. 215, I, da Lei 9.472/1997. II - Vigente o disposto no art. 70 da Lei 4.117/1962, cuja pena máxima prevista no tipo não ultrapassa o limite do parágrafo único do art. 2º da Lei 10.259/2001, firma-se a competência do Juizado Especial Federal para o julgamento do feito. III - Recurso provido, nos termos do voto do Relator.

(REsp 756.787/PI, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2005, DJ 1/2/2006 p. 602)

¹⁶ Pede-se licença para não entrar em detalhes sobre o erro da Lei de Introdução do Código Civil que elege os costumes e a analogia, como antecedentes necessários antes de se socorrer



É intuitivo que as infrações jurídicas possuem a mesma essência. Como o direito é uma ciência do *dever ser*, qualquer desvio desse dever implica cometimento de uma infração. Conforme o ramo do direito – dividido apenas com fins de facilitar o seu estudo em razão de peculiaridades – que impõe o *dever ser* violado, ter-se-á uma infração de natureza civil, penal, administrativa, política etc.

Uma vez descumprida uma norma jurídica por uma conduta positiva ou negativa, o ordenamento jurídico autoriza a imposição de uma sanção,¹⁷ como consequência do descumprimento. Tal sanção terá suas nuances tendo em conta o ramo jurídico da norma violada.

Feitas essas considerações, faz-se referência ao princípio da intervenção mínima, sendo um dos pilares do Direito Penal. Por tal princípio, as normas penais devem ser encaradas como *ultima ratio*, de sorte que a norma penal só pode disciplinar uma conduta, para dela autorizar uma sanção penal na eventualidade de ser descumprida, quando os outros ramos do direito se mostrarem ineficientes para coibirem a prática infracional.

Por esse princípio, reconhece-se que a imposição de uma sanção penal é uma medida extrema, porquanto legitima uma forte restrição de direito fundamental, qual seja, a liberdade. Assim, socorrer-se-á ao Direito Penal como última alternativa de disciplinamento, tendo como premissa o fracasso ou a inutilidade de outras espécies de sanções para o caso.¹⁸

aos princípios (gerais do direito, no caso), quando diante de uma questão que precisa ser solvida, não existindo regra específica no ordenamento jurídico. De fato, os princípios, como mandamentos otimizadores de todo o ordenamento, devem guiar as próprias regras jurídicas, procedendo-se a extirpação das regras que destoem dos mandamentos principiológicos.

¹⁷ É pelo autorização de imposição de uma sanção que o direito se distingue dos demais deveres éticos, conforme célebre lição dos cientistas quânticos do direito.

¹⁸ Conforme BITENCOURT, Cezar Roberto. *Lições de direito penal – Parte geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 32: “O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanções ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização será inadequada e desnecessária. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a

À luz do princípio da intervenção mínima,¹⁹ os crimes do art. 70 da Lei 4.112/1962 e do art. 183 da Lei 9.742/1997 são completamente inadequados e desnecessários. Realmente, o principal bem jurídico tutelado por tais normas penais é a segurança abstrata dos meios de telecomunicações, de sorte que a imposição de uma medida administrativa de confisco da aparelhagem utilizada já se mostra remédio suficiente para reprimir tal infração.

A ameaça do desfalque patrimonial já faz as vezes de prevenção especial e geral adequadas. Por que se instaurar uma ação penal, com a ameaça de restrição de liberdade para um indivíduo que pode ser arrimo de família, se a conduta, em princípio, não lesa terceiros, não é violenta, não é ameaçadora? Qual a necessidade, quando o confisco administrativo dos aparelhos já reprime e impede o cometimento da infração?

Neste instante, mostra-se essencial abordar o princípio da ofensividade diante das normas penais incriminadoras citadas.

Como se percebe da análise das figuras típicas, ambas as infrações tratam-se de crimes de perigo abstrato, com exceção do disposto no art. 70 que prescreve como causa de aumento de pena o fato da conduta causar danos a terceiros.

Ressalvado o caso da conduta causar danos a terceiros, infringem o princípio da ofensividade as disposições de mera conduta, porquanto não é lógico ou coerente reprimir um comportamento que sequer causa um mínimo de lesão a qualquer bem jurídico.

Com esteio no princípio da ofensividade ou lesividade, a normatização penal de uma conduta deve prever um resultado naturalístico, ou ao menos um resultado jurídico que precisa ser efetivamente atingido pela postura prevista como fato típico. Do contrário, admitir-se-ia, absurdamente, a criminalização de comportamentos inofensivos, dando ao Estado um poder indevidamente repressor, com a possibilidade de definir crimes de acordo com os anseios de um grupo político que esteja no poder.

ultima ratio, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade”.

¹⁹ Desse princípio também decorre o caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal.

Admitir as infrações dos arts. 70 da Lei 4.112/1962 – na parte de perigo abstrato – e 183 da Lei 9.472/1997 é o mesmo que definir como crime uma manifestação de pensamento subversiva que afronta os imperativos de segurança nacional.²⁰ Quer-se dizer que a previsão de crimes de perigo abstrato abre a oportunidade para o cometimento de abusos por parte do Poder Público, que terá ao seu alcance a possibilidade de prever como crime qualquer mera conduta, ainda que não cause dano ou configure perigo concreto.

O princípio da ofensividade é um freio para um Estado que, acaso comandado por um governo de políticas de perpetuação no poder, possa perseguir a oposição deste governo.

Perceba-se que o que se defende neste trabalho não é nenhuma revolução jurídica, pois é completamente lógico que um fato tido como criminoso só seja assim considerado se, ao menos potencialmente para o caso concreto, puder causar lesão, tendo o infrator, assim, que suportar o rigor inerente das sanções penais.²¹

Caso uma rádio esteja operando irregularmente, mas a sua aparelhagem, por ser singela, não permite que cause interferência em outros meios de comunicação, ou ainda que tenha o potencial de causar, não o fez, não tendo o condão de gerar qualquer prejuízo para o caso concreto, por que se iniciar um traumático processo penal? Não bastaria a apreensão da aparelhagem irregular?

Mas do que adiantam os princípios penais ora comentados, que fulminam a criminalização das infrações penais apontadas enquanto crimes de perigo abstrato, se eles não têm previsão legal expressa? Onde eles estão escritos? Seriam tais princípios

reles recomendações que poderiam muito bem ser descumpridas?

Os princípios ora em comento não são simples recomendações e têm poder de imposição sobre as regras infraconstitucionais que deles discrepam. De fato, tais postulados jurídicos são corolários do princípio da proporcionalidade, de índole constitucional e com valor de direito fundamental.²²

O entendimento consolidado dos tribunais regionais federais, bem como do próprio Superior Tribunal de Justiça, é o de admitir tal crime de perigo abstrato, afastando, inclusive, a aplicação do princípio da insignificância de tais casos, considerando crime também quando a frequência utilizada no aparelho de radiodifusão for mínima. Entretanto, não se impede que se insurja contra tal posição, não podendo o intérprete resignar-se enquanto as questões não forem solvidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Deveras, aplica-se à presente questão, em analogia *iuris*, o Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 81057-8/SP,²³ julgado pelo Excelso Supremo Tribunal Federal em 2004. Neste caso paradigma, o Supremo Tribunal Federal deu provimento ao recurso ordinário para trancar uma ação penal, determinando que não configura fato típico o porte de arma, ainda que em perfeitas condições de uso, desde que o portador não traga consigo munição, por não se admitir crime condutas de perigo abstrato que não tenham causado qualquer lesão ou perigo concreto de lesão, apoiando-se na moderna concepção do Direito Penal. Posicionou-se o Excelso Pretório, atento ao caráter funcional do Direito Penal, que visa prevenir condutas não só formalmente típicas, mas também materialmente.²⁴

²⁰ Legislações penais totalitárias precisam ser evitadas em prol de se preservar o Estado Democrático de Direito.

²¹ Leciona GRECO, Rogério. *Curso de direito penal – Parte geral*. 6. ed. Niterói: Impetus, 2006. v. 1, p. 59: “Finalmente, com a adoção do princípio da lesividade busca-se, também, afastar da incidência da aplicação da lei penal aquelas condutas que, embora desviadas, não afetam qualquer bem jurídico de terceiros. Por condutas desviadas podemos entender aquelas que a sociedade trata com certo desprezo, ou mesmo repulsa, mas que, embora reprovadas sob o aspecto moral, não repercutem diretamente sobre qualquer bem de terceiros”. Acrescenta-se ao comentário do ilustre professor, complementando a lesividade com a intervenção mínima, de modo que a conduta desviada pode até ser reprovada por norma jurídica de outra esfera, mas para que se seja considerada penal, mister se faz a efetivação de uma lesão ou perigo concreto de lesão.

²² De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o princípio da proporcionalidade é extraído da acepção substancial do princípio do devido processo legal, previsto como direito fundamental no art. 5º, LIV, da CF/1988. A proporcionalidade defende a razoabilidade da atuação do Poder Público e na imposição de qualquer regra de conduta às pessoas, tendo como vertentes a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito (ponderação de bens jurídicos aparentemente conflitantes), conforme a lição de PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. 1. ed. Niterói: Impetus, 2007, p. 164-167.

²³ O mesmo entendimento já foi seguido novamente pelo STF, como no HC 93820, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 26/2/2008.

²⁴ O caso ora citado é emblemático e anima o intérprete que busca dar máxima efetividade à CF/1988, haja vista que todas as instâncias anteriores ao STF haviam negado o pleito do

Com efeito, só comete crime quem pratica o fato descrito na norma penal incriminadora criando riscos proibidos e *relevantes*. Relevante quer dizer, exatamente, ofensivo, causador de dano efetivo ou de perigo concreto de dano.

De fato, consoante o entendimento do Ministro Cezar Peluso, acompanhando o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, a antecipação da proteção penal aos momentos que antecedem à lesão somente será plausível quando se estabelecer um vínculo de proporcionalidade entre a aplicação da pena – que lesa o direito de liberdade do infrator da norma penal – e o perigo causado pela conduta incriminada. Desse modo, o princípio da lesividade não é destinado somente ao legislador, mas também à interpretação do tipo penal.²⁵

No caso dos crimes de telecomunicações, parece evidente que não podem restar configurados a não ser no caso de perigo concreto, ou de efetivo dano.²⁶ Ainda mais quando se tratar de rádios comunitárias, haja vista que estas apenas buscam atender aos interesses de uma comunidade.

O Direito Penal não pode ser instrumento para melhor efetivar a administração pública, em detrimento de direitos fundamentais expressos

constitucionalmente, sob pena de se banalizar o crime num inegável risco para toda a sociedade.²⁷

As previsões típicas constantes nas leis que regem as telecomunicações, enquanto crimes de perigo abstrato, como já afirmado, representam uma ameaça às pessoas, porquanto é estímulo para que outros crimes de redação análoga sejam criados com os mais inconfessáveis dos fins, punindo simples comportamentos, ainda que não causem qualquer prejuízo ou perigo real.²⁸

Essas considerações estão norteadas por valores constitucionais, advindos do princípio da proporcionalidade – de status constitucional – que pode e deve ser aplicado na análise jurídica de uma infração penal. A razão jurídica de se repudiar a configuração do crime de porte de arma quando ausente munição, e a mesma para não se tolerar crime os fatos previstos no art. 70, da Lei 4.112/1970, e no art. 183 da Lei 9.742/1997, quando as condutas não lesarem, ou não tiverem o condão de prejudicar concretamente, do mesmo modo que uma arma sem munição não gera o perigo concreto de disparar.

Maior é o descalabro quando se considera crime a transmissão comunitária de informações. Somente a insensibilidade pode equiparar esta conduta a de um indivíduo que possui equipamentos potentes e efetivamente causa interferência nos meios regulares de comunicação.

Consentâneas com o ora esposado, e também análogas ao caso, são as disposições do Código de Trânsito Brasileiro, que preveem como simples *infração administrativa* dirigir veículo sem possuir carteira nacional de habilitação ou permissão para dirigir e considera *crime* dirigir veículo automotor,

impetrante, inclusive o STJ, de sorte que as várias decisões inferiores não têm o condão de amedrontar, quando existir a possibilidade de outro entendimento no STF.

²⁵ Sobre a lesividade ao bem jurídico protegido pela norma penal, na análise do princípio da proporcionalidade, o Ministro Peluso trata sobre o papel de interpretação do juiz, citando CORREA, Teresa Aguado. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*. Madrid: Edersa, 1999, p. 202: "(...) o qual não se pode conformar com a subsunção formal do fato no comportamento descrito pela norma, senão que terá de comprovar que tal comportamento lesou ou colocou em perigo o bem jurídico através de dita norma, e acaso assim não seja, deverá declarar a sua atipicidade".

²⁶ 1. Quando fundado o habeas corpus, por exemplo, na alegação de falta de justa causa para a ação penal, admite-se se faça nele exame de provas. O que se veda em habeas corpus, semelhantemente ao que acontece no recurso especial, é a simples apreciação de provas, digamos, a operação mental de conta, peso e medida dos elementos de convicção. 2. No caso, não há justa causa para a instauração do inquérito policial, fundado que está no art. 183 da Lei nº 9.472/1997 – desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação. Os rádios transceptores portáteis (espécie de walkie-talkie) têm alcance restrito e limitado, daí não acarretar a sua utilização nenhuma lesão ou prejuízo ao bem jurídico tutelado pela norma penal. 3. Habeas corpus deferido com o fim de trancar o inquérito policial. (HC 45.388/SP, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, Rel. p/ Acórdão Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 02/05/2006, DJ 26/02/2007 p. 643)

²⁷ Em relação à administrativização do Direito Penal, assevera REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1, p. 21: "A administrativização do Direito Penal torna a lei penal um regulamento, sancionando a inobservância à regras de convivência da Administração Pública, matéria antes de cunho disciplinar. Nesse substrato está a concepção pela qual a lei penal visa antes 'organizar' do que a proteger, sendo, portanto, destituída da finalidade de consagrar valores e tutelá-los".

²⁸ No que respeita a esta preocupação, ensina REALE JÚNIOR, Miguel, op. cit., 2002, p. 34: "A periculosidade sempre foi o recurso dos sistemas políticos totalitários, como se deu com o nazismo e o comunismo, em que alcançavam relevo a predisposição de agir em ofensa ao 'são sentimento do povo alemão' ou aos 'interesses da coletividade socialista'".

em via pública, sem a devida permissão para dirigir ou habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, *gerando perigo de dano*.²⁹

Como se vê, só restará configurado o crime de trânsito em questão quando presente e provado o *perigo de dano, concreto*. Com certeza a condução de um veículo automotor sem permissão pode gerar, no mínimo, o mesmo dano que uma rádio irregular.³⁰ Desse modo, não há razão lógica para, num caso, o tratamento ser diferente do outro na aferição da infração penal, sendo inconstitucionalmente repressoras as disposições típicas de perigo abstrato constantes nas Leis nº 4.112/1962 e 9.472/1997, por ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao princípio da proporcionalidade.³¹

3.3 Dos princípios da legalidade, da responsabilidade penal subjetiva e da individualização

Reza a Constituição Federal de 1988, como direito fundamental, que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, regra também exposta no Código Penal.³² Mas o que significa prévia definição na lei?

Ora, por ser fruto da norma jurídica mais rígida, o crime deve ser didaticamente descrito, a fim de que seja mínima a atividade interpretativa de subsumir uma conduta ao fato típico. Tal imposição constitucional visa conferir segurança à sociedade no sentido de defendê-la de um abusivo Poder Punitivo que, sem limites, poderia enquadrar as mais diferentes situações à hipótese legal, valendo-se de sua autoridade política.³³

Quando o Estado é democrático e de direito, o povo é o titular do poder, e ninguém está acima da

lei. A CF/1988, ao prever o princípio da legalidade, promete à população que pode andar despreocupada, de sorte que ninguém sofrerá uma persecução penal caso não pratique a conduta prevista na lei como crime. Mas para se respeitar dito princípio é necessário que a conduta abstrata prevista como típica seja *definida*.

Definir é mais do que prever, na medida em que deve traçar balizas precisas para que um fato seja previsto como crime, sob pena de permitir abusos do intérprete, que estará fazendo as vezes de legislador, *decretando tipicidade* a fatos não definidos na norma típica. O fato típico vago e impreciso infringe o princípio da legalidade, sendo inconstitucional e como tal deve ser extirpado do ordenamento jurídico.³⁴

É verdade que o bom senso induz que o legislador penal não pode prever todos os objetos possíveis de uma conduta criminosa, sendo válida a interpretação analógica, quando o núcleo essencial da conduta estiver positivado pelo legislador.³⁵

Dito isso, a conclusão que se chega é que os tipos do art. 70 da Lei 4.112/1970, e do art. 183 da Lei 9.472/1997 ofendem o princípio da legalidade.³⁶ Como já afirmado outrora, ambas as hipóteses previnem como crime utilizar, instalar telecomunicações, ou desenvolvê-la, sem observar a lei ou o regulamento, sendo por isso clandestinas.

³⁴ Ensina GRECO, Rogério, op. cit., 2006, p. 102: "O agente tem de saber exatamente qual a conduta que está proibido de praticar, não devendo ficar, assim, nas mãos do intérprete, que dependendo do momento político pode, ao seu talante, alargar a sua exegese, de modo a abarcar todas as condutas que sejam de seu exclusivo interesse (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*), como já aconteceu na história do Direito Penal no período da Alemanha nazista, da Itália fascista, e na União Soviética, logo após a Revolução bolchevique".

³⁵ Assim seriam válidas as disposições com expressões do tipo "ou outro meio insidioso qualquer" (interpretação analógica). De todo modo, afronta o princípio da legalidade a analogia para subsumir condutas a fatos típicos que guardem certa *ratio*, pois haveria inovação no núcleo essencial da conduta para reprimir.

³⁶ 1. Réu que instalou rádio amador sem a respectiva licença. 2. A conduta, conquanto irregular administrativamente, não constituiu o crime do art. 183 da Lei 9.472, que trata especificamente de telecomunicações, nem o do art. 70 da Lei 4.117/62, que, mantido no que respeita à radiodifusão, não tem disposição penal a respeito. 3. Mesmo que se pudesse enquadrar a conduta do réu na conduta descrita no art. 70 do antigo Código de Telecomunicações, não restou evidenciado nos autos qualquer prejuízo às telecomunicações. Mantida a absolvição do réu com fundamento no art. 386, VI do CPP. Recurso provido em parte. (TRF 4 AC 19997106001362-0 RS, Turma Especial, Relator Manoel Lauro Volkmer de Castilho DJ 24/7/2002, página: 749)

²⁹ Ver art. 162, I, e art. 309 da Lei 9.503/1997.

³⁰ Provavelmente uma rádio irregular é bem mais inofensiva do que a condução de um veículo em via pública por quem não tem aptidão para tanto.

³¹ Art. 1º, III, e art. 5º, LIV, ambos da CF/1988.

³² Art. 5º, XXXIX, da CF/1988, e art. 1º do CP.

³³ De acordo com BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 112: "O princípio da legalidade nasceu do anseio de estabelecer na sociedade humana regras permanentes e válidas, que fossem obras da razão, e pudessem abrigar os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível da parte dos governantes".

A norma penal incriminadora não especifica uma conduta criminosa, pois, em princípio, não é crime utilizar telecomunicação; o será se for sem observar a lei ou o regulamento, ou, simplesmente, de modo clandestino.

Ocorre que não se precisam quais espécies de inobservâncias das regras administrativas ensejam a conduta criminosa. De fato, não adequar uma aparelhagem, atrasar em responder uma notificação, já serão hipóteses de crime? Ninguém pode responder a estas perguntas, somente a lei e ela não o faz. A sociedade não pode ficar a mercê do que o Executivo entenda como crime, isso não é definir previamente.

Trata-se de odiosa norma penal em branco heterogênea e, com esta natureza, permite que atos administrativos tracem a essência de um crime, o que enfraquece a segurança jurídica, pondo sob ameaça o direito de liberdade.³⁷

De mais a mais, é de se lembrar, como também já citado no item sobre a previsão constitucional das telecomunicações, que a CF/1988, mais de uma vez, distingue telecomunicações de radiodifusão,³⁸ de onde se indaga com que autoridade o intérprete iguala os termos para considerar que comete os crimes das Leis nº 4.112/62 e 9.472/97, o exercício irregular de radiodifusão, se os núcleos típicos apenas se referem às telecomunicações?³⁹

Mostra-se equivocado ampliar-se em sede infraconstitucional termos restritos pela CF/1988 para incriminar conduta não prevista na lei. Em outras palavras, a *radiodifusão* irregular não é prevista na lei como crime, mas o intérprete a insere no termo *telecomunicação*, só que a Constituição Federal separa telecomunicação de radiodifusão. Salta aos olhos a

insistência em se criminalizar sem a observância do princípio da legalidade.⁴⁰

Outra ilegalidade sobre os crimes já citados, e que vem sido aceita na jurisprudência, diz respeito em reprimi-los como se a responsabilidade penal fosse objetiva, independente do dolo e da culpa.

Com efeito, as rádios comunitárias, por força da própria Lei 9.612/1998, devem ser geridas por uma associação, ou seja, uma pessoa jurídica. Pois bem, o comportamento do órgão acusador, referendado pela Justiça Federal, é denunciar o presidente da associação como autor dos crimes em debate. Não interessa se foi na gestão dele que a rádio começou a operar, se ele participa da rádio, nada disso importa, se for o dirigente da associação, será responsabilizado penalmente.

Parece que há um esquecimento geral de que ninguém pode ser responsável por um crime se não tiver agido com dolo ou culpa. O “infeliz” não pode simplesmente ser considerado criminoso por ser o representante de uma pessoa jurídica. Com certeza ele terá responsabilidades administrativas, mas jamais poderiam ser penais, só pelo fato de ter assumido o posto gerencial de uma entidade comunitária, deveras, *nullum crimen sine culpa*.⁴¹

Por fim, aponta-se mais uma inconstitucionalidade referente ao crime previsto no art. 183 da Lei 9.472/1997, esta presente no preceito secundário, ao prever além da pena de detenção, pena de multa no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Não estabelece

⁴⁰ Conforme o dicionário Michaelis no sítio eletrônico: michaelis.uol.com.br:

telecomunicação
te.le.co.mu.ni.ca.ção

sf (tele1+comunicação) Denominação geral das comunicações a distância, compreendendo a telefonia e telegrafia (por fios ou por ondas hertzianas) e a televisão.

radiodifusão
ra.di.o.di.fu.são

sf (rádio6+difusão) 1 Ação de radiodifundir: *A radiodifusão de um concerto musical*. 2 Estação de radiodifusão. 3 Difusão por meio de radiofonia.

⁴¹ Para GRECO, Rogério, op. cit., 2006, p. 96: “Isso significa que para determinado resultado ser atribuído ao agente é preciso que a sua conduta tenha sido dolosa ou culposa. Se não houve dolo ou culpa, é sinal de que não houve conduta; se não houve conduta, não se pode falar em fato típico; e não existindo o fato típico, como consequência lógica, não haverá crime. Os resultados que não foram causados a título de dolo ou culpa pelo agente não podem ser a ele atribuídos, pois que a responsabilidade penal, de acordo com o princípio da culpabilidade, deverá ser sempre subjetiva”.

³⁷ Se a norma penal em branco ofende o princípio da legalidade, assim responde GRECO, Rogério, op. cit., 2006, p. 28: “Entendemos que sim, visto que o conteúdo da norma penal poderá ser modificado sem que haja uma discussão amadurecida da sociedade a seu respeito, como acontece quando os projetos de lei são submetidos à apreciação de ambas as Casas do Congresso Nacional, sendo levada em consideração a vontade do povo, representado pelos seus deputados, bem como a dos Estados, representados pelos seus senadores, além do necessário controle pelo Poder Executivo, que exercita o sistema de freios e contrapesos”.

³⁸ Arts. 22, IV, e 48, XII, da CF/1988.

³⁹ O meio ‘radiofrequência’ não induz radiodifusão, sendo este último considerado a divulgação de informação via rádio, que tem como meio aquele, que pode ser meio de outras atividades.

a lei nenhum critério para dosar a pena de multa, não importando o dano causado pela conduta, o proveito do causador, nem a sua capacidade econômica. É evidente o desrespeito ao art. 5º, XLVI, da CF/1988, que consagra como direito fundamental o princípio da individualização da pena.

Em homenagem ao princípio da individualização da pena, o legislador e o intérprete não podem tratar os criminosos indistintamente no que tange a sanção penal a ser imposta. As circunstâncias do caso, bem como as condições pessoais do autor, indicam maior ou menor reprovabilidade penal, que deve ser considerada para justa aplicação da sanção, como consectário do princípio da proporcionalidade na sua vertente necessidade.

Quando a lei comina uma multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) sem quaisquer considerações, está se ignorando o princípio da individualização da pena, colocando inconstitucionalmente os condenados em uma vala comum, sem a devida consideração pessoal. Felizmente a jurisprudência vem se insurgindo contra esta nefasta disposição, minorando uma das abusividades do crime em exame.⁴²

Conclusão

O presente trabalho buscou tratar de questões que põem em xeque os crimes do art. 70 da Lei 4.112/1962 e art. 183 da Lei 9.742/1997, quando referentes aos serviços de radiodifusão, tendo como premissa valores principiológicos do Direito Penal, decorrentes do

bom senso da proporcionalidade consagrado na Constituição Federal.

Como também lembrado nas primeiras anotações, o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana foi o parâmetro da análise dos crimes previstos nas normas citadas.

Pela última vez, lembra-se que não se procurou negar o caráter infracional de um serviço de radiodifusão irregular, apenas questionou-se as disposições penais sobre o tema que não se compatibilizam com os princípios constitucionais do Direito Penal. Por esta razão, tais normas incriminadoras não deveriam ser aplicadas, em que pese o entendimento contrário preponderante nos tribunais regionais federais e no egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Ousa-se, neste instante, fazer uma crítica à atividade judicante quando diante de acusações de radiodifusão irregular que, na maior parte das vezes, têm pessoas simples na figura dos réus. Será que já se perguntaram – os juízes – por que tais fatos são crimes, ainda que não lesem, ou tenham causado o perigo de lesar?⁴³

Afinal, tais processos ocupam consideravelmente o tempo do Poder Judiciário, permitindo que ações penais sobre crimes violentos ou lesivos ao erário tardem para julgamento, aumentada a possibilidade de prescrição retroativa, e contribuindo para a morosidade como um todo. O que será que justifica?

O fato de considerável parte dos autorizados a exercer os serviços de radiodifusão ser de políticos – grupos familiares –, os quais têm a atividade empresarial de comunicação como a fonte de riqueza e de votos, talvez seja a razão, à vista dos bens envolvidos (riqueza e votos).

Daí promulgam-se leis penais imprecisas, no intuito de reprimir ferozmente qualquer ameaça à concorrência, tornando um fato que, num primeiro momento é inofensivo, em crime.

⁴² 1. Foi demonstrada, no caso ora em comento, tanto a materialidade como a autoria do delito tipificado no art. 183 da Lei nº 9.472/97, conforme reconhecido na v. sentença apelada. 2. A prova produzida nos autos é suficiente para embasar a condenação do réu, ora apelante. 3. A pena de prestação pecuniária foi fixada em patamar razoável, em observância ao disposto no art. 45, § 1º, do Código Penal, não havendo nos autos elementos que comprovem a falta de condições do acusado para o cumprimento de tal obrigação. 4. Com suporte em precedente jurisprudencial desta Corte, é possível se afirmar que a imposição de multa em quantia invariável ofende o princípio da individualização da pena, pois impede que o juiz promova a prevenção e repressão do crime em face das particularidades do caso concreto, bem assim obsta que se aqüilate o valor da multa diante da situação econômica do acusado. A pena de multa deve ser fixada segundo as regras previstas nos arts. 49, 59 e 60 do Código Penal. 5. Apelação parcialmente provida. (ACR 2006.38.02.001966-1/MG, Rel. Desembargador Federal I'talo Fioravanti Sabo Mendes, Quarta Turma, e-DJF1 p.437 de 19/12/2008)

⁴³ Será que condenando as pessoas supostamente responsáveis por rádios que não causaram qualquer lesão, estar-se-á preservando a segurança dos voos, e das comunicações de serviços essenciais? Certamente que não, apenas se estará aumentando estatísticas de condenações, contribuindo para que uma pessoa de bem se torne um criminoso incorrigível, se tiver a sua liberdade restrita em um estabelecimento prisional, que, no mais das vezes, são comandados pelos encarcerados de maior periculosidade.



O Judiciário que aplica leis penais inconstitucionais se despe da sua magnífica função de zelar pela Constituição Federal, e passa a ler o texto magno à luz das leis infraconstitucionais, em vez de fazer o inverso. No caso da radiodifusão irregular que não gera perigo concreto de dano, alguns órgãos judicantes e representantes do Ministério Público tornam-se fiéis pastores de uma minoria de interessados (empresários da comunicação), sem ter esta consciência.

Noutros casos, o adversário político no âmbito da associação *denuncia* o atual presidente da entidade porque esta mantém uma rádio, no mesquinho intuito de assumir o posto de direção. Nisso, amontoa-se a Justiça para solver “picuinhas” em processos penais.

Definitivamente, não tem lógica que condutas sem lesividade concreta sejam objeto de responsabilização penal sobre pessoas de bem, quando outras sanções seriam suficientes – até sem a necessidade de se desencadear um processo judicial – para tutelar o bem jurídico em questão.

Encerra-se o presente trabalho sem qualquer pretensão de aceitação, objetivando apenas provocar a discussão sobre a criminalização da radiodifusão irregular, questionando-se tal infração como delito, em cotejo com os fundamentos constitucionais aduzidos.

Referências bibliográficas

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Lições de direito penal – Parte geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995;

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. São Paulo: Malheiros, 1994;

CORREA, Teresa Aguado. *El principio de proporcionalidad em derecho penal*. Madrid: Edersa, 1999;

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal – Parte geral*. 6. ed. Niterói: Impetus, 2006. v. 1;

PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. 1. ed. Niterói: Impetus, 2007;

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1.